

Secrétaire arbitral – Secret ou transparence du fonctionnement interne du tribunal

Yves Herinckx

Avocat (Bruxelles), Solicitor (Angleterre et Pays de Galles)
Conseiller suppléant à la Cour d'appel de Bruxelles

1. Le jugement annoté, par lequel le tribunal de première instance francophone de Bruxelles rejette une demande d'annulation d'une sentence, résout avec une parfaite orthodoxie plusieurs questions importantes du droit de l'arbitrage. Il fixe en particulier – et c'est à notre connaissance une première dans la jurisprudence belge – les limites de la fonction des secrétaires arbitraux¹. L'intérêt du jugement se trouve aussi dans ce qu'il relate de la réaction du tribunal arbitral face à la volonté d'une partie de découvrir comment les trois arbitres et leur secrétaire ont travaillé. L'embarras manifeste du tribunal arbitral reflète la tension entre le traditionnel secret des délibérations et un légitime besoin de transparence. Le point d'équilibre entre ces deux principes n'a pas encore été trouvé.

(1) Les faits du litige et les incidents de la procédure arbitrale

2. Le litige concerne un contrat pour la construction d'un réseau d'égouttage et de distribution d'eau à Chypre, conclu entre l'Union européenne et deux entreprises de travaux publics. Des malversations donnent lieu à un arbitrage CCI. L'on suppose (le jugement ne le dit pas expressément) que le siège de l'arbitrage était à Bruxelles.

La demande d'arbitrage est déposée le 15 septembre 2017 par l'Union européenne. L'acte de mission est signé en février 2018. À la fin mars 2019, le tribunal arbitral propose aux parties de s'adjoindre une « secrétaire administrative », par ailleurs collaboratrice au sein du cabinet du président. La secrétaire et les arbitres conviennent de se conformer à la « Note » de la CCI, qui

¹ Le jugement a fait l'objet d'observations par B. ALLEMEERSCH et H. BUELENS, « Delegation of Tasks to Arbitral Secretaries : Striking the Right Balance ? », *Kluwer Arbitration Blog*, 22 août 2021.

réglemente en particulier le rôle des secrétaires administratifs². Les parties l'acceptent.

Une audience de plusieurs jours est tenue en mai 2019. Le 11 février 2020, le tribunal arbitral rend une sentence partielle sur les responsabilités, mises à charge des deux entreprises et de l'Union européenne dans la proportion 60/40. L'Union européenne et les entreprises déposent ensuite respectivement une demande de correction et une demande d'interprétation de la sentence partielle ; l'on ignore, à la lecture du jugement, ce qu'il est advenu de ces demandes.

3. Le 20 mars 2020, les entreprises interrogent les arbitres sur le rôle tenu par la secrétaire administrative. Chacun des trois arbitres répond séparément, de manière assez précise, aux questions posées. Les échanges sont reproduites *in extenso* dans le jugement annoté. L'on retiendra en particulier cette observation d'une coarbitre : « Bien que la demande que chaque arbitre réponde individuellement aux questions est plutôt inhabituelle, j'y réponds parce que je veux éviter tout malentendu possible ou suspicion », ainsi que l'affirmation par le président que « La secrétaire administrative m'a également assisté dans le processus de rédaction, mais il n'y a pas une seule phrase dans la sentence et pas une seule note de bas de page qui n'aurait pas été au moins revue, vérifiée et si nécessaire corrigée par moi à la lumière de mon point de vue et des délibérations du Tribunal arbitral ». Les trois membres du tribunal confirment que les délibérations se sont passées de manière collégiale et que chacun d'eux y a activement contribué.

Les entreprises réagissent en se focalisant sur un point technique – la qualité du compactage – qui a, disent-elles, été déterminant dans la sentence alors que le tribunal arbitral n'avait soumis à leurs experts aucune question à ce propos lors de l'audience. Le président répond qu'il « n'a pas eu besoin de la secrétaire administrative pour voir la pertinence potentielle de ce rapport » et, en réponse à l'affirmation que la partie y relative de la sentence aurait été préparée par la secrétaire, « non ».

Les entreprises ne s'en satisfont pas et écrivent ensuite au président, à la secrétaire administrative et au secrétariat de la CCI pour demander une copie des *time sheets* de la secrétaire, de la liste des questions à l'expert préparée

² Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI, www.iccwbo.org. La version applicable en l'espèce était celle du 1^{er} janvier 2019, dont les points 175 à 191 concernent les secrétaires administratifs. Ils correspondent, sous réserve de quelques modifications principalement formelles, aux points 216 à 230 de la version actuelle de la Note, datée du 1^{er} janvier 2021.

par celle-ci et des projets de textes qu'elle a rédigés en préparation de la sentence. Le secrétariat de la CCI répond que le récapitulatif des heures prestées est confidentiel. Le président présente sa démission, que la CCI accepte. Le 18 mai 2020, les entreprises introduisent la procédure en annulation de la sentence partielle qui donnera lieu au jugement annoté. Le 26 juin 2020, la CCI nomme un nouveau président. Le tribunal ainsi reconstitué décide ensuite de poursuivre la procédure d'arbitrage sans attendre l'issue de la procédure en annulation.

(2) Le secrétaire du tribunal arbitral

4. Le premier moyen d'annulation de la sentence est fondé sur l'allégation d'une délégation du pouvoir décisionnel à la secrétaire administrative, qui aurait rédigé la liste des questions posées par le président aux experts durant l'audience et tout ou partie de la section décisionnelle de la sentence. Les entreprises y voient une cause d'annulation conformément à l'article 1717, § 3, a), v), du Code judiciaire (« la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties »).

5. Le tribunal de première instance constate, en fait et sur la base des réponses données par le président aux questions des entreprises, que la secrétaire administrative a effectivement rédigé la liste des questions à poser aux experts ainsi qu'une partie de la section de la sentence qui comportait les motifs décisionnels du tribunal arbitral.

6. Le moyen, toutefois, est rejeté. Le jugement reconnaît que les fonctions de l'arbitre ne peuvent pas être déléguées :

Or, un des principes cardinaux de l'arbitrage est le caractère intuitu personae de la désignation d'un arbitre, choisi en raison de ses qualités personnelles, intellectuelles et humaines. Les arbitres désignés s'engagent donc à trancher personnellement le litige qui leur est soumis par les parties, excluant de la sorte toute délégation.

Mais le jugement considère aussi, et c'est là tout son intérêt pour la pratique arbitrale, qu'un secrétaire arbitral peut tenir la plume sans que ceci ne constitue en soi une délégation illicite des fonctions de l'arbitre – du moins lorsque, comme en l'espèce, les parties ont marqué leur accord sur un tel rôle du secrétaire et que le tribunal arbitral a gardé le contrôle du processus décisionnel :

En tout état de cause, le seul fait de confier au secrétaire administratif la rédaction de tout ou partie de la sentence ou d'une liste de questions aux experts

ne suffit pas, en soi, à démontrer une délégation du pouvoir décisionnel des arbitres.

7. Le tribunal de première instance accorde une importance primordiale à l'accord des parties, qui avaient accepté l'intervention d'un secrétaire administratif selon les règles fixées par la Note de la CCI. Le jugement fait une exégèse approfondie de la Note et en déduit plusieurs conclusions. En premier lieu, « en effectuant des recherches juridiques, rédigeant des parties factuelles de la sentence ou prenant des notes à l'occasion des délibérations », tâches que la Note confie expressément aux secrétaires, « le secrétaire administratif peut être amené à effectuer un travail intellectuel dont l'impact est susceptible d'affecter la prise de décision ». C'est exact et la doctrine l'a déjà souligné³. Ensuite, « l'assistance d'un secrétaire administratif ne dispense pas le Tribunal arbitral d'examiner personnellement le dossier ». C'est une évidence mais il est bon de la rappeler. Le point est d'ailleurs essentiel : c'est précisément parce que les arbitres font encore eux-mêmes le travail d'analyse, de réflexion et de jugement que l'assistance qui leur est fournie par un secrétaire ne constitue pas une délégation de leur fonction.

Enfin, le jugement cite le point 187 de la Note :

Le fait pour un Tribunal arbitral de demander au Secrétaire administratif de préparer des notes écrites ou des mémorandums ne pourra en aucun cas dispenser le Tribunal arbitral de son obligation de revoir personnellement le dossier et/ou de rédiger lui-même toute décision du Tribunal arbitral

et en infère qu'« en utilisant les termes 'et/ou', l'article 187 précité autorise implicitement mais certainement le secrétaire administratif à rédiger tout ou partie d'un projet de sentence, à charge pour le Tribunal arbitral de revoir personnellement le dossier et valider ou corriger ledit projet à la lumière de son examen du dossier »⁴. C'est peut-être une interprétation audacieuse de la Note. En réalité, la CCI n'a jamais voulu autoriser expressément la rédaction de parties décisives d'une sentence par les secrétaires. En témoignent la formulation du point 185 de la Note⁵, qui ne vise que « la préparation de projets d'ordonnances de procédure ainsi que la rédaction des parties factuelles d'une sentence (p. ex. résumé de la procédure, chronologie des faits, synthèse des

³ M. FONTAINE, « L'arbitre et ses collaborateurs », *b-Arbitra*, 2013, p. 23, spéc. p. 33.

⁴ Le point 187 n'apparaît plus comme tel dans la version actuelle de la Note, mais sa teneur (ainsi que les termes « et/ou » retenus par le jugement) sont maintenant intégrés dans les points 223 et 224.

⁵ Devenu le pt. 224 de la version actuelle.

positions des parties) », ainsi que le qualificatif « administratif » que la CCI persiste à accoler au titre de secrétaire.

Le jugement ajoute que « la relecture et la révision par Monsieur [...] du projet de sentence rédigé par Madame [...] respecte le cadre d'intervention de la secrétaire administrative posé par la Note CCI et ne témoigne pas d'une délégation du pouvoir décisionnel ». Malgré les hésitations que l'on peut avoir à propos de l'interprétation de la Note CCI, le jugement nous semble devoir être approuvé quant à sa conclusion : en l'espèce, le tribunal arbitral avait étudié, corrigé et approuvé le projet de sentence ; le fait que tout ou partie du projet ait initialement été préparé par la secrétaire ne pouvait pas, dans de telles circonstances, être assimilé à une délégation illicite des fonctions du tribunal. Le moyen d'annulation devait donc être rejeté.

8. Avant l'espèce commentée ici, d'autres sentences ont déjà été attaquées en raison du rôle prétendument excessif qu'avait joué le secrétaire du tribunal. Aucune de ces tentatives d'annulation ne semble jusqu'à présent avoir abouti – à l'exception d'une ancienne affaire atypique, en Italie, où des arbitres non-juristes avaient délégué à un expert juriste la rédaction de la sentence et la prise de décision elle-même⁶. L'expert en question avait été nommé en tant que *consulente tecnico*, pas en tant que secrétaire, mais l'on peut bien entendu y voir une forte analogie⁷.

Aux Pays-Bas, c'est l'affaire *Yukos* qui a été l'occasion pour la Cour d'appel de La Haye de trancher la question⁸. La cour considère que, en l'absence de convention contraire et pour autant que la décision soit bien prise par les arbitres eux-mêmes, le tribunal arbitral est libre de déterminer dans quelle mesure il a recours à l'aide d'un secrétaire :

Het toepasselijke arbitragereglement (de UNCITRAL Rules) bevatten op dit punt geen concrete voorschriften. Anders dan de Russische Federatie aanvoert, bestaat er ook geen ongeschreven regel die inhoudt dat het een secretaris of assistent niet is toegestaan delen van de uitspraak te schrijven. Zolang hierover geen concrete partijafspraken zijn gemaakt en de (inhoudelijke) beslissingen door de arbiters zelf worden genomen zonder invloed van derden, geldt dat

⁶ Cass. it., 7 juin 1989, *Y.B. Com. Arb.*, 1991, p. 156.

⁷ On relèvera aussi le cas d'annulation rapporté dans un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 28 novembre 2017, rendu à propos d'une action ultérieure en responsabilité de l'arbitre. L'arbitre s'était fait assister par un expert technique et par un avocat qui exerçait apparemment les fonctions de secrétaire. Il semble toutefois que l'annulation de la sentence ait été motivée par l'intervention de l'expert technique, sans respecter le principe du contradictoire, plutôt que par celle du secrétaire. Voir ci-dessous, § 20 et note 67.

⁸ La Haye, 18 février 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234, www.rechtspraak.nl et *TvA*, 2020, p. 79.

het aan de discretie van het Scheidsgerecht is overgelaten in hoeverre het voor het concipiëren van het arbitrale vonnis gebruik wil maken van een assistent of secretaris.

Le Hoge Raad a cassé cet arrêt par décision du 5 novembre 2021, pour des motifs sans rapport avec la question qui nous occupe. Le moyen de cassation visant spécifiquement le raisonnement de la cour d'appel relatif au rôle du secrétaire a été rejeté⁹.

En Suisse, le tribunal fédéral a rejeté la demande d'annulation d'une sentence rendue par un arbitre unique architecte « que sa formation ne prédisposait pas à régler des questions de procédure délicates dans un arbitrage pour le moins conflictuel » et qui s'était « attach[é] les services d'un avocat-conseil et d'un secrétaire pour l'épauler dans la conduite de la procédure arbitrale »¹⁰. La Cour suprême rappelle que « La mission juridictionnelle confiée à l'arbitre est éminemment personnelle, et le contrat d'arbitre est conclu *intuitu personae*. Cela implique que l'arbitre doit accomplir lui-même sa mission, sans la déléguer à un tiers [...] Il importe donc, au stade de la prise de décision, que l'arbitre connaisse le dossier, délibère et participe à la formation de la volonté du tribunal arbitral ». Mais elle ajoute aussitôt que « Cette interdiction de déléguer la tâche d'arbitrer à autrui n'exclut pas nécessairement le recours à l'assistance de tiers » et que « Les tâches du secrétaire juridique [...] n'excluent pas une certaine assistance dans la rédaction de la sentence, sous le contrôle et conformément aux directives du tribunal arbitral ». Des commentateurs ont noté que le tribunal fédéral est plus permissif que la plupart des institutions d'arbitrage et est probablement mieux en phase avec la réalité de la pratique¹¹.

Un jugement de la High Court anglaise, *P v Q*, aborde la même problématique dans le cadre d'une demande de récusation de deux coarbitres qui auraient indûment délégué leurs fonctions au secrétaire du tribunal (le président avait

⁹ ECLI:NL:HR:2021:1645, § 5.6.2. L'avocat général avait conclu au rejet de l'ensemble du pourvoi, en particulier quant à ce moyen (concl. Av. gén. P. VLAS, ECLI:NL:PHR:2021:425, §§ 3.180 à 3.201).

¹⁰ Tr. féd., 21 mai 2015, 4A_709/2014, *ASA Bull.*, 2015, p. 879, et note M. FEIT et C. TERRAPON CHASSOT, « The Swiss Federal Supreme Court Provides Guidance on the Proper Use of Arbitral Secretaries and Arbitrator Consultants under the Swiss *lex arbitri* », p. 897, selon qui l'arrêt signifie que le secrétaire arbitral peut rédiger un projet de sentence (p. 908).

¹¹ J. MENZ et A. GEORGE, « How Much Assistance Is Permissible ? A Note on the Swiss Supreme Court's Decision on Arbitral Secretaries and Consultants », *J. Intl. Arb.*, 2016, p. 311, spéc. p. 322.

déjà été révoqué par la LCIA pour d'autres motifs)¹². La demande avait été provoquée par une malencontreuse erreur du président, qui avait envoyé à une des parties un mail destiné au secrétaire par lequel il faisait suivre une lettre de cette partie avec le message « Your reaction to this latest from [Claimant] ? ». Cette gaffe a donné à la Cour l'occasion de dire que rien n'interdit aux arbitres de prendre l'avis du secrétaire :

Whatever the divergence of views amongst practitioners and commentators as to best practice, the critical yardstick for the purposes of s. 24 of the Act [les critères de récusation] is that the use of a tribunal secretary must not involve any member of the tribunal abrogating or impairing his non-delegable and personal decision-making function. That function requires each member of the tribunal to bring his own personal and independent judgment to bear on the decision in question, taking account of the rival submissions of the parties ; and to exercise reasonable diligence in going about discharging that function. [...] performing the adjudicatory function is often an iterative process. There is nothing offensive per se to performance of that function in receiving the views of others, provided the adjudicator makes his own mind up by the exercise of independent judgment. [...] An arbitrator who receives the views of a tribunal secretary does not thereby necessarily lose the ability to exercise full and independent judgement on the issue in question.

La Cour précise toutefois qu'il est de bonne pratique de ne pas impliquer le secrétaire dans l'objet même des décisions du tribunal (« Best practice is therefore to avoid involving a tribunal secretary in anything which could be characterised as expressing a view on the substance of that which the tribunal is called upon to decide »), mais ajoute qu'une éventuelle violation de ces règles de bonne pratique ne constitue pas une cause de récusation.

Un moyen d'annulation du même type a été soumis à la Cour d'appel de Svea, à Stockholm, dans l'affaire *Naftogaz c. Gazprom*. Le secrétaire du tribunal arbitral était, curieusement¹³, un professeur de droit et aurait rédigé une partie importante de la sentence. L'affaire est relatée dans une décision anglaise

¹² *P v Q* [2017] EWHC 194 (Comm), §§ 65 à 69, www.bailii.org. La sentence rendue ensuite dans la même affaire (*Vale S.A. v. BSG Resources Limited*, LCIA Case No. 142683), publiée sur www.jusmundi.com, relate le déroulement des incidents. Une demande d'annulation de sentence fondée sur l'intervention d'un secrétaire a été rejetée dans l'affaire *Sonatrach v Statoil* [2014] EWHC 875.

¹³ L'on considère souvent que la jeunesse du secrétaire est le meilleur gage de son absence d'influence sur la prise de décision. Voir C. PARTASIDES, N. BASSIRI, U. GANTENBERG, L. BRUTON et A. RICCIO, « Arbitral Secretaries », in A.J. Van den Berg (dir.), *International Arbitration: The Coming of a New Age?*, ICCA Congress Series, vol. 17, Kluwer Law International, 2013, p. 327, spéc. p. 333.

relative à une demande de suspension de l'exécution de la sentence¹⁴. Elle s'est clôturée par une transaction et nous ne saurons donc pas ce que les juges suédois en auraient pensé.

9. Le rôle des secrétaires de tribunaux arbitraux a donné lieu depuis une vingtaine d'années à une abondante littérature¹⁵. Le débat est parti d'un malaise, provoqué par la perception – vraie ou fausse – que certains secrétaires en faisaient trop et certains arbitres pas assez¹⁶, et que la réalité de la pratique se cachait derrière un voile d'hypocrisie¹⁷. L'ICCA a effectué en 2012 et 2013 une vaste enquête auprès des praticiens, dont elle a publié l'année suivante les résultats avec un ensemble de « best practices » recommandées¹⁸. Peut-on mieux illustrer le souci que par cette plaisanterie¹⁹ :

Pour s'en tenir à une seule anecdote, je ne peux résister à l'évocation de cette journée d'audience, dans une affaire par définition majeure et devant un tribunal très établi mais remarquablement passif, pour ne pas dire absent, où, s'approchant de son contradicteur, il [Emmanuel Gaillard] lui glisse en parlant du secrétaire du tribunal arbitral, « tu vois, contrairement à ce qu'on dit ce n'est pas le quatrième arbitre... c'est l'arbitre unique. »

10. La plupart des institutions d'arbitrages disposent maintenant de règles ou de directives qui tentent de clarifier et d'encadrer les choses²⁰.

Le CEPANI a établi des règles de conduite, formalisées dans un bref document intitulé « Secrétaire du tribunal arbitral ». Ce document n'est pas public, semble-t-il pour ne pas encourager le recours aux secrétaires, mais est

¹⁴ *National Joint Stock Company Naftogaz of Ukraine v Public Joint Stock Company Gazprom* [2019] EWHC 658 (Comm).

¹⁵ En particulier : F. DE LY et L. DEMEYERE (dir.), *Arbitral Secretaries, Reports from the joint NAI-CEPANI colloquium held on October 5, 2017*, Kluwer Law International, 2017 ; J.O. JENSEN, *Tribunal Secretaries in International Arbitration*, Oxford University Press, 2019 ; M. FONTAINE, *op. cit.*

¹⁶ C. PARTASIDES, « The Fourth Arbitrator ? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration », *Arb. Intl.*, 2002, p. 147 ; M. POLKINGHORNE et CH. ROSENBERG, « The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration : A Call for a Uniform Standard », *Disp. Res. Intl.*, 2014, p. 107.

¹⁷ C. PARTASIDES, N. BASSIRI, U. GANTENBERG, L. BRUTON et A. RICCIO, *op. cit.*, p. 327.

¹⁸ *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries, The ICCA Reports No. 1*, 2014, www.arbitration-icca.org.

¹⁹ PH. PINSOLLE, « In memoriam Emmanuel Gaillard », *Cah. arb.*, 2020, p. 445.

²⁰ Voir aussi l'*Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales*, 2016, §§ 35 à 38, www.uncitral.un.org.

communiqué aux tribunaux arbitraux qui envisagent de s'adjoindre un secrétaire²¹.

La CCI consacre au sujet un chapitre de sa *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux*²². La Note n'étant pas intégrée dans le règlement d'arbitrage de la CCI, elle n'a pas force obligatoire et ne fait pas partie de la convention d'arbitrage. Mais il est fréquent que, lors de la nomination d'un secrétaire, les tribunaux arbitraux y fassent expressément référence et s'engagent à la respecter, avec l'accord des parties, ce qui donne alors valeur contractuelle aux dispositions pertinentes de la Note. C'est ce qui s'était passé dans l'espèce annotée.

La LCIA a choisi d'incorporer les règles relatives aux secrétaires arbitraux dans son règlement. Le sujet fait l'objet des articles 14.8 à 14.15 du règlement, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2020²³.

11. Les règles de ces différentes institutions sont généralement assez similaires. Ainsi, elles prévoient toutes que la désignation d'un secrétaire ne peut se faire qu'avec l'accord des parties (ou, à la CCI, qu'en l'absence d'objection d'une partie). C'est peut-être excessif – l'on ne voit pas vraiment pourquoi une partie doit avoir le droit d'opposer son veto au fait qu'un arbitre demande à un collaborateur de s'occuper de son classement ou de faire une recherche en bibliothèque – mais en pratique cela ne semble pas donner lieu à difficultés.

Les trois institutions mentionnées exigent que le secrétaire signe une déclaration d'indépendance et d'impartialité.

Le CEPANI et la CCI – qui utilisent un système d'honoraires *ad valorem* – prévoient que, sauf accord contraire, la rémunération du secrétaire est prélevée sur celle du président (au CEPANI) ou du tribunal (à la CCI). La LCIA applique un système de taux horaire, pour les arbitres comme pour le secrétaire, et prévoit que le taux du secrétaire doit être soumis aux parties pour accord préalable.

Les approches divergent, en revanche, lorsqu'il s'agit de définir ce que le secrétaire peut faire. Sur la méthode, le CEPANI et la LCIA demandent que le tribunal obtienne l'accord des parties sur la liste des tâches qu'il veut confier

²¹ D. DE MEULEMEESTER et H. VERBIST, *Arbitrage in de Praktijk*, Bruylant, 2013, n° 548 ; H. VERBIST, « Het toenemend management van arbitrage door instellingen en arbiters », *Liber amicorum Michel Flamme*, die Keure, 2017, p. 403, n° 15. Une version anglaise du document figure dans F. DE LY et L. DEMEYERE (dir.), *op. cit.*, p. 119, et une version néerlandaise dans D. DE MEULEMEESTER et H. VERBIST, *op. cit.*, p. 348.

²² Voir n° 2.

²³ R. GERBAY, « Tribunal Secretary », in M. Scherer, L. Richman e.a. (dir.), *Arbitrating under the 2020 LCIA Rules : A User's Guide*, Kluwer Law International, 2021, p. 209.

au secrétaire : il en faut « un descriptif précis et circonstancié » au CEPANI, et à la LCIA il faut que « the parties have agreed the tasks that may be carried out by the tribunal secretary ». La CCI ne demande pas un tel accord mais énumère dans sa Note les tâches autorisées. Sur le fond, le CEPANI est particulièrement restrictif et prévoit que le secrétaire « ne peut participer au délibéré du Tribunal Arbitral ou être chargé de rédiger la Sentence Arbitrale »²⁴. La Note de la CCI permet sa « participation aux audiences, réunions et délibérations du tribunal arbitral » et, en ce qui concerne le travail de rédaction, autorise « la préparation de projets d'ordonnances de procédure ainsi que la rédaction des parties factuelles d'une sentence (p. ex. résumé de la procédure, chronologie des faits, synthèse des positions des parties) qui seront soumis à l'examen du tribunal arbitral, sous réserve que ces ordonnances de procédure ainsi que ces parties d'une sentence fasse par la suite l'objet d'un examen par le tribunal arbitral lui-même ». Ceci laisse subsister une opportune ambiguïté, mise à profit par le jugement annoté, à propos de la rédaction du corps même de la sentence. La LCIA n'a pas d'objection à ce que le secrétaire « prepar[e] first drafts of awards, or sections of awards, and procedural orders », pour autant que cela ait été préalablement convenu avec les parties²⁵.

12. Il faut se garder de déduire du parallélisme des recommandations émises par les institutions d'arbitrage que celles-ci représenteraient nécessairement le droit commun de l'arbitrage. Il est vrai que la meilleure doctrine enseigne, en droit belge et dans la ligne des recommandations institutionnelles, qu'un secrétaire ne peut être désigné qu'avec l'accord des parties²⁶. Nous n'en sommes toutefois pas convaincu. Il nous semble plutôt que, en l'absence de convention contraire, il n'existe en réalité aucune règle de droit qui interdise à un tribunal arbitral ou à un de ses membres de se faire assister par un secrétaire sans l'accord des parties. Exiger l'accord des parties revient à donner à chaque partie un droit de veto sur la possibilité pour un arbitre de recourir à un secrétaire, ou en d'autres mots à donner à chaque partie le droit de forcer

²⁴ M. DRAYE et E. HAY, « The Arbitral Secretary: Unnecessary Nuisance or Unsung Hero – A Practitioner's View », in F. DE LY et L. DEMEYERE (dir.), *op. cit.*, p. 50, n° 37, considèrent que ceci ne vise pas à interdire la présence du secrétaire lors des délibérations mais seulement sa participation active.

²⁵ *Notes for Arbitrators*, 26 octobre 2017, www.lcia.org, pt. 71.

²⁶ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, « L'arbitrage en droit belge et international », t. I, 3^e éd., Bruylant, 2015, n° 264 ; M. DRAYE, « Article 1685 », § 93, in N. Bassiri et M. Draye (dir.), *Arbitration In Belgium, A Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer, 2016 ; F. LEFÈVRE, « The Legal Status of Arbitral Secretaries in Belgium », in F. DE LY et L. DEMEYERE (dir.), *op. cit.*, p. 30 ; D. DE MEULEMEESTER et H. VERBIST, *op. cit.*, n° 546. M. FONTAINE, *op. cit.*, n° 18, écrit que « La nomination d'un secrétaire ne peut *normalement* se faire qu'avec l'accord des parties » (nous soulignons).

le président du tribunal arbitral ou l'arbitre unique à accomplir seul et en personne toutes les tâches administratives qui sont habituellement déléguées à un secrétaire. L'on imagine aisément les sabotages qui peuvent s'ensuivre si un tel outil est mis entre les mains d'un défendeur récalcitrant. Le problème surgira à un moment où le tribunal a déjà été constitué, les arbitres auront accepté leur mission sans s'attendre à ce que l'assistance d'un secrétaire leur soit refusée et, s'ils ne sont pas disposés à assurer eux-mêmes le secrétariat de la procédure ou s'ils n'en ont simplement pas le temps, ils devront démissionner et être remplacés – et les candidats remplaçants ne se bousculeront peut-être pas au portillon.

La confidentialité de l'arbitrage ou le secret professionnel des arbitres, parfois invoqués pour justifier qu'un secrétaire ne pourrait pas avoir accès au dossier ou être présent à l'audience sans l'accord des parties²⁷, ne nous paraissent pas constituer un obstacle : il est d'usage courant que les avocats et autres professionnels soumis à une obligation de secret se fassent assister par des collaborateurs, qui sont alors eux-mêmes tenus par une obligation de secret partagé, sans devoir obtenir l'accord préalable exprès de leur client²⁸. La possibilité de se faire assister par un collaborateur est une suite que l'usage donne à la convention, au sens de l'article 1135 de l'ancien Code civil²⁹. Nous ne voyons aucune raison de ne pas reconnaître la même faculté aux arbitres.

La jurisprudence analysée ci-dessus ne dit pas autre chose. La Cour d'appel de La Haye considère qu'il n'existe aucune règle implicite (« geen ongeschreven regel ») qui interdirait à un secrétaire de rédiger en partie une sentence, et a fortiori qui interdirait la désignation d'un secrétaire³⁰. Le tribunal fédéral

²⁷ B. HUGUES, « The Problem of Undisclosed Assistance to Arbitral Tribunals », *Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017, p. 161, spéc. p. 164 ; D. DE MEULEMEESTER et H. VERBIST, *loc. cit.* ; F. LEFÈVRE, *loc. cit.* ; H. VERBIST, *op. cit.*, n° 14.

²⁸ Une partie de la doctrine enseigne que le secret partagé ne peut se concevoir qu'avec l'accord du maître du secret : TH. MOREAU, « La violation du secret professionnel », in coll., *Les infractions*, vol. 5, *Les infractions contre l'ordre public*, p. 685, spéc. p. 716 ; A. Dierickx et J. Buelens, « Het gedeeld beroepsgeheim erkend door het Hof van Cassatie », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 148, n° 10. Rien n'exclut, cependant, qu'un tel accord soit implicite. L'on connaît aussi, depuis l'affaire *Fortis*, la jurisprudence très restrictive de la Cour de cassation quant à l'application de la théorie du secret partagé entre magistrats (Cass., 13 mars 2012, *Pas.*, 2012, p. 578, P.11.1750.N), mais les magistrats ont leurs greffiers et parfois leurs référendaires et peuvent partager le secret de leurs dossiers avec ceux-ci.

²⁹ G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 3^e éd., Wolters Kluwer, 2021, vol. II, p. 2196, s'appuie à cet égard sur « the parties' implied intentions, based upon the customary practice of use of secretaries in international arbitration ».

³⁰ Voir n° 8, § 6.6.14.1. Également concl. Av. gén. VLAS, n° 9, § 3.184.

suisse « n'exclut pas nécessairement le recours à l'assistance de tiers »³¹. La High Court anglaise n'y voit « nothing offensive per se »³². En France, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'un tribunal arbitral a « la possibilité de s'adjoindre un secrétaire »³³. La doctrine arbitrale internationale va dans le même sens. Selon Born, « Absent contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal's procedural discretion extends to the use of a tribunal secretary, which is an aspect of the arbitral procedure and the tribunal's inherent power to organize its own functions and decision-making »³⁴. Pour De Ly, « It is suggested that in principle the use of a Tribunal Secretary without party consent is not objectionable *per se* »³⁵.

Il reste que la fonction d'arbitre est *intuitu personae* et qu'un arbitre ne peut pas déléguer à un secrétaire, ou à quiconque, sa prise de décision. Mais ceci n'est mis en doute par personne. Il reste aussi que la bonne pratique est, au minimum, d'informer les parties de l'intervention d'un secrétaire et de l'étendue de son rôle, et de tenir compte de leurs éventuelles objections si celles-ci sont raisonnables³⁶.

13. Le fil conducteur qui se dégage tant du jugement annoté que de la jurisprudence étrangère et des directives adoptées par les institutions d'arbitrage est, à juste titre, le respect de la volonté des parties. Le tribunal de première instance a constaté que les parties et le tribunal avaient accepté de se conformer aux dispositions de la Note de la CCI, et a dès lors procédé à une analyse textuelle approfondie de la Note pour déterminer si le tribunal et sa secrétaire s'étaient conformés aux règles convenues. Les institutions insistent toutes sur la nécessité d'un accord des parties préalablement à la désignation d'un secrétaire.

³¹ Voir n° 10, § 3.2.2.

³² Voir n° 12, § 67.

³³ Paris, 21 juin 1990, *Compagnie Honeywell Bull c. Bull de Venezuela*, *Rev. arb.*, 1991, p. 96.

³⁴ G. BORN, *loc. cit.*

³⁵ F. DE LY, « Rules and Case Law on Tribunal Secretaries », in F. DE LY et L. DEMEYERE (dir.), *op. cit.*, p. 19, spéc. p. 26.

³⁶ Voir Z. DOUGLAS, « The Secretary to the Arbitral Tribunal », in B. BERGER et M. SCHNEIDER (dir.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions*, ASA Special Series No. 42, 2014, p. 88 : « The bottom line is that parties need information about how a tribunal proposes to produce its award in order to make an informed choice at the outset of the proceedings ». La difficulté pratique est toutefois que, au moment où les parties sont confrontées à l'explication de la méthode de travail proposée par les arbitres, ceux-ci ont déjà été nommés et il est très délicat de leur dire qu'ils devront personnellement aller au charbon plus qu'ils ne le souhaitent.

La primauté de la volonté des parties implique également qu'il n'y a rien à redire aux règlements d'arbitrage qui prévoient l'intervention, aux côtés d'un tribunal arbitral composé de techniciens, de juristes chargés de les aider dans leur prise de décision. Le règlement de la Chambre d'Arbitrage d'Experts/Arbitragekamer van Deskundigen, par exemple, crée la fonction de greffier, étant un « juriste assistant les Tribunaux Arbitra[ux] dans la rédaction des sentences et l'application des lois et des règles de procédure »³⁷. Le Code of Practice for Arbitrators de la FOSEA dispose que « The arbitrator/s may, at their discretion, seek legal advice »³⁸. Le règlement d'arbitrage de la RUCIP prévoit que « La Commission d'arbitrage [...] peut se faire assister de conseillers juridiques »³⁹.

Il n'y a de même pas d'objection de principe, ni en droit belge⁴⁰ ni dans divers droits étrangers⁴¹, à ce qu'une personne morale soit désignée comme arbitre, ce qui implique par nature une certaine délégation de fonction à une ou plusieurs personnes physiques. Ici encore, si c'est ce que les parties ont voulu, leur convention leur tient lieu de loi. L'on notera enfin, dans le même sens, l'article 1700, § 4, du Code judiciaire qui prévoit que les parties peuvent autoriser le tribunal arbitral à déléguer à l'un de ses membres l'exécution d'actes d'instruction.

(3) Impartialité et causes d'annulation

14. Le deuxième moyen d'annulation présenté au tribunal de première instance est basé sur le prétendu manque d'impartialité du président, à la suite des incidents relatés au point 3 ci-dessus. Les demandeurs en annulation s'appuient sur les sous-paragraphes a), ii) (impossibilité de faire valoir ses droits), a), v) (constitution irrégulière du tribunal arbitral) et b), ii) (ordre public) de l'article 1717, § 3, du Code judiciaire.

³⁷ Rubrique « Déclaration Liminaire et Définitions » du règlement, www.chambredarbitrage.be.

³⁸ La FOSEA est la Federation of Oils, Seeds and Fats Associations. Voir www.fosfa.org/arbitration.

³⁹ RUCIP est l'abréviation de « Règles et Usages du Commerce intereuropéen des Pommes de Terre », *Règlement d'arbitrage RUCIP 2017*, § 5.12, www.rucip.eu.

⁴⁰ PH. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage, Rép. not.*, Larcier, 2017, n° 154.

⁴¹ G. BORN, *op. cit.*, vol. I, p. 319 et vol. II, p. 1875. L'article 1450 du Code de procédure civile français, en revanche, précise que « La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique [...]. Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage. ».

Le jugement annoté rejette le moyen. Il y répond tout d'abord qu'il ne s'agit pas d'une question de régularité de constitution du tribunal arbitral et que le sous-paragraphe a), v) est sans pertinence. L'on suppose (le jugement n'en dit rien) que le tribunal de première instance considère que le sous-paragraphe a), ii) est également sans application. Le jugement précise en revanche qu'un manque d'impartialité est une cause d'annulation de la sentence, au titre d'une violation de l'ordre public, lorsque les circonstances qui créent un doute quant à l'impartialité d'un arbitre n'apparaissent qu'après le prononcé de la sentence. Mais le jugement ajoute que l'impartialité des arbitres ne doit subsister que jusqu'au moment du prononcé de la sentence ; une partialité ultérieure n'affecte pas la validité de la sentence.

En l'espèce, les incidents qui avaient amené le président du tribunal arbitral à écrire qu'il ne se sentait plus suffisamment impartial ne s'étaient produits qu'après la communication aux parties de la sentence attaquée. Ils n'importaient donc plus.

15. Le Code judiciaire dispose que des doutes légitimes sur l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre justifient sa récusation⁴². C'est une mesure préventive, qui permet d'écarter un arbitre partial avant qu'il ne sévise trop. Mais le Code ne prévoit expressément aucune mesure curative : l'article 1717 ne mentionne pas le défaut d'impartialité ou d'indépendance parmi les causes d'annulation d'une sentence. De même, l'article 1721 ne le mentionne pas parmi les motifs de refus d'exequatur.

L'on ne reviendra plus sur la controverse suscitée, avant la réforme de 2013 du droit de l'arbitrage, par l'article 1704, alinéa 5, du Code judiciaire qui disposait que « Les causes de récusation [...] ne constituent pas des causes d'annulation au sens de l'alinéa 2, lettre f, du présent article alors même qu'elle ne seraient connues qu'après le prononcé de la sentence ». La lettre f visait l'irrégularité de la constitution du tribunal ; l'ordre public était pour sa part visé à la lettre a. Certains en déduisaient que le manque d'impartialité d'un arbitre ne pouvait en aucune manière justifier l'annulation d'une sentence, fût-ce au titre d'une violation de l'ordre public⁴³ ; d'autres admettaient l'annulation lorsque

⁴² Art. 1686, § 2, C. jud.

⁴³ Bruxelles, 22 juin 2009, *Cytec c. SNF*, *Rev. arb.*, 2009, p. 574 ; Bruxelles, 6 décembre 2011, *b-Arbitra*, 2014, p. 215.

la partie qui la poursuivait n'avait acquis connaissance des circonstances de fait pertinentes qu'après la fin de la procédure d'arbitrage⁴⁴.

L'ancien article 1704, alinéa 5, n'a pas été repris par la loi du 24 juin 2013 et la controverse est maintenant dépassée. Le jugement annoté, en ce qu'il décide qu'un défaut d'impartialité révélé après le prononcé de la sentence est une cause d'annulation de la sentence pour contrariété à l'ordre public, est conforme à la lecture de la loi actuelle par la doctrine⁴⁵. La doctrine est cependant divisée quant à savoir si l'annulation peut se fonder également sur l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, ce que le jugement annoté refuse⁴⁶.

16. La formule retenue par le jugement annoté (« s'il apparaît que les circonstances qui mettent en doute l'impartialité de l'arbitre ne sont connues qu'après le prononcé de la sentence arbitrale ») ne doit pas être prise au pied de la lettre. Ce qui importe, c'est que la partie qui poursuit l'annulation ne

⁴⁴ Civ. Bruxelles, 27 octobre 2016, *b-Arbitra*, 2017, p. 107 ; B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « L'annulation des sentences arbitrales », *J.T.*, 2004, p. 413, n° 61 ; J.-F. TOSSENS et S. GOLDMAN, « Commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 3 décembre 2012 à la lumière de la nouvelle loi sur l'arbitrage », *b-Arbitra*, 2013, p. 440, n° 5 à 7 ; J.-F. TOSSENS et S. GOLDMAN, « Recours en annulation : commentaire des arrêts de la Cour de cassation du 7 novembre 2013 et de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 décembre 2011 », *b-Arbitra*, 2014, p. 221, n° 16 à 31.

⁴⁵ J.-F. TOSSENS et S. GOLDMAN, *op. cit.* (« Recours en annulation... »), n° 30 ; M. DRAYE, « Article 1687 », § 55 et n° 26, *in* N. BASSIRI et M. DRAYE (dir.), *op. cit.* ; C. VERBRUGGEN, « Article 1717 », § 72, *in* N. BASSIRI et M. DRAYE (dir.), *op. cit.* ; C. VERBRUGGEN, « Annulment and enforcement of arbitral awards in Belgium », n° 28, *in* W. van Baren et D. De Meulemeester (dir.), *Annulment and Enforcement of Arbitral Awards from a Comparative Law Perspective*, Kluwer Law International, 2018, p. 3.

⁴⁶ Répondent par la négative : G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, n° 669 ; M. DAL, « Les recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *in* A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *L'arbitre et le juge étatique, Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruylant, 2014, p. 345, spéc. p. 358 ; PH. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage, Rép. not.*, Larcier, 2017, n° 279 ; D. RENDERS et TH. BOMBOIS, « L'arbitrage en droit public belge », *in* D. RENDERS, P. DEVOLVÉ et Th. TANQUEREL (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, 2010, p. 25, n° 239. Répondent par l'affirmative : J.-F. TOSSENS et S. GOLDMAN, *loc. cit.* et *op. cit.* (« Commentaire... »), n° 9 ; M. DRAYE, *loc. cit.* ; C. VERBRUGGEN, *loc. cit.* ; K. COX, « Based on true events : CEPANI's practice and Belgian case law on conflicts of interest », *in* D. De Meulemeester et W. van Baren (dir.), *Opening the Black Box of Conflicts of Interest*, Bruylant, 2016, p. 11, spéc. p. 19 ; O. VAN DER HAEGEN et FR. CUVELIER, « Le point de départ du délai pour introduire une action en annulation contre une sentence arbitrale obtenue par fraude », *J.T.*, 2021, p. 509, n° 1.

En France, un défaut d'impartialité est considéré comme une irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral : J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, n° 946 ; Chr. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2e éd., LGDJ, 2019, n° 545 et 993. L'approche est identique en Suisse : Trib. féd., 13 avril 2010, 4A_644/2009, *ASA Bull.*, 2011, p. 107 ; M. ARROYO, « Commentary on Chapter 12 PILS, Article 190 », *in* M. Arroyo (dir.), *Arbitration in Switzerland : The Practitioner's Guide*, 2e éd., Kluwer Law International, 2018, p. 266, n° 19 et 20.

puisse pas être considérée comme ayant renoncé à récuser l'arbitre pour les mêmes faits. Le Code judiciaire prévoit qu'« Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a désigné ou à la désignation duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette désignation » (art. 1686, § 2) et que, sauf convention contraire, une demande de récusation est irrecevable si elle est faite plus de quinze jours après que la demanderesse a eu connaissance des faits qu'elle invoque (art. 1687, § 2, a)). La cohérence de la loi et la loyauté procédurale ne permettent pas de faire revivre sous la forme d'un moyen d'annulation un droit que la partie a sciemment laissé expirer en tant que moyen de récusation. Le même siège du tribunal de première instance avait été plus précis à cet égard dans son jugement du 27 octobre 2016, qui liait expressément connaissance et renonciation⁴⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *BEG c. Italie*, confirme que l'impartialité et l'indépendance des arbitres sont une exigence de l'article 6, § 1, de la Convention lorsque des parties choisissent de recourir à l'arbitrage. La Cour admet qu'une partie puisse renoncer à cette garantie, notamment si elle s'abstient en connaissance de cause de demander la récusation d'un arbitre, mais précise qu'une telle renonciation ne peut être prise en compte que si elle est sans équivoque – ce que la Cour examine ensuite, en fait, de manière très détaillée et rigoureuse⁴⁸.

L'on ne peut dès lors tirer aucune conséquence des mots choisis par le jugement annoté dans toutes les hypothèses où la partie qui poursuit l'annulation avait eu connaissance des faits avant la date du prononcé de la sentence, mais où cette connaissance n'implique aucune renonciation. Cela sera en particulier le cas lorsque cette partie avait tenté, mais sans succès, de récuser l'arbitre. La question de savoir si le rejet d'une demande de récusation lie le juge de l'annulation, qui n'aurait alors plus la possibilité de réexaminer si les faits invoqués lors de la procédure de récusation soulèvent des doutes légitimes sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre, n'a à notre connaissance encore jamais été tranchée en droit belge⁴⁹. Cela pourra aussi être le cas lorsque

⁴⁷ Voir n. 44. Le jugement cite *in extenso* J.-F. TOSSENS et S. GOLDMAN, *op. cit.* (« Recours en annulation... »).

⁴⁸ C.E.D.H., arrêt *BEG c. Italie*, 20 mai 2021, §§ 127 et 141.

⁴⁹ En France et en Suisse, le rejet de la demande de récusation a autorité de chose jugée et lie le juge de l'annulation s'il provient du juge étatique d'appui, mais pas s'il provient d'une institution d'arbitrage : Cass. fr., 13 mars 2013, *Rev. arb.*, 2013, p. 735 ; Paris, 23 juin 2015, *Rev. arb.*, 2015, p. 957 ; J.-B. RACINE, *op. cit.*, n° 460 ; Trib. féd., 2 mai 2012, 4A_14/2012, *ASA Bull.*, 2013, p. 322 ; Trib. féd., 29 octobre 2010, 4A_234/2010, *ASA Bull.*, 2011, p. 80.

le délai de récusation n'a pas encore expiré au moment où la sentence est rendue.

(4) L'indemnité de procédure

17. Le jugement annoté accorde une indemnité de procédure majorée, sur la base du tarif applicable aux affaires non évaluables en argent.

Aux fins de la fixation de l'indemnité de procédure, une procédure en annulation de sentence est en effet une affaire non évaluable en argent. La question n'était pas douteuse en l'espèce parce que la sentence attaquée ne se prononçait que sur le principe des responsabilités et pas encore sur leur quantum. Mais la solution est générale, même lorsqu'il s'agit d'une sentence qui condamne une partie au paiement d'une somme déterminée.

Une affaire est évaluable en argent lorsqu'un montant est réclamé dans l'acte introductif⁵⁰. C'est l'objet de la demande qui importe – la demande doit viser le paiement d'une somme déterminée – et pas l'existence d'un enjeu financier évaluable. Une demande d'annulation a pour objet la mise à néant de la sentence, pas la condamnation du défendeur à payer une somme d'argent ; ceci reste vrai lorsque la sentence elle-même contient une condamnation de somme. Le raisonnement est identique en matière de saisies. La Cour de cassation considère que « les demandes qui ont trait aux saisies conservatoires et aux voies d'exécution [...] et qui ont trait à la légalité ou la régularité de l'exécution » ne sont pas des demandes évaluables en argent, malgré le fait qu'une saisie a généralement pour cause une créance d'un montant déterminé⁵¹.

(5) Pas d'immunité de l'Union européenne

18. Le jugement annoté est intéressant également par ce qu'il ne contient pas. La défenderesse était l'Union européenne et pas un mot n'est dit d'une éventuelle immunité de juridiction – à juste titre. Or la plupart des organisations internationales, ainsi que les États étrangers, bénéficient d'une telle immunité⁵².

⁵⁰ Cass., 27 janvier 2017, *Pas.*, 2017, p. 224, C.16.0231.N.

⁵¹ Cass., 12 janvier 2012, *Pas.*, 2012, p. 99, C.10.0683.N.

⁵² E. DAVID, « L'immunité de juridiction des organisations internationales », *R.C.J.B.*, 2011, p. 252, n° 2 ; P. D'ARGENT, « L'immunité de juridiction des États étrangers : une question de contexte », *R.C.J.B.*, 2018, p. 20.

L'article 343 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « L'Union jouit sur le territoire des États membres des privilèges et immunités nécessaires à l'accomplissement de sa mission dans les conditions définies au protocole du 8 avril 1965 sur les privilèges et immunités de l'Union européenne ». Le Protocole en question, devenu le Protocole n° 7 annexé au Traité, ne contient aucune disposition qui accorderait à l'Union une immunité de juridiction devant les tribunaux des États membres. L'article 274 du Traité prévoit au contraire que « Sous réserve des compétences attribuées à la Cour de justice de l'Union européenne par les traités, les litiges auxquels l'Union est partie ne sont pas, de ce chef, soustraits à la compétence des juridictions nationales ».

La responsabilité extracontractuelle de l'Union relève de la compétence de la Cour de justice en vertu des articles 268 et 340 du Traité. Le contentieux de la légalité des actes de l'Union appartient également à la Cour de justice, conformément à l'article 263 du Traité. En ces matières l'Union bénéficie d'une immunité devant les juridictions nationales⁵³.

Mais, en dehors des hypothèses où les traités attribuent compétence à la Cour de justice, les juridictions nationales restent compétentes pour statuer dans des litiges qui impliquent l'Union européenne. C'était le cas dans l'affaire annotée.

(6) Secret ou transparence du fonctionnement interne du tribunal

19. Un aspect particulièrement intéressant de l'affaire annotée est la suite d'incidents suscités par les investigations des entreprises défenderesses quant au fonctionnement interne du tribunal arbitral et de sa secrétaire. Les entreprises, après réception de la sentence partielle, ont voulu savoir quel avait été le rôle exact de la secrétaire dans la préparation de l'audience et la rédaction de la sentence. Elles ont interrogé les trois arbitres, d'abord, puis la secrétaire elle-même et le secrétariat de la CCI. L'enchaînement des questions et des réponses est relaté dans le jugement annoté.

Ce type d'incident, à un tel degré d'acuité, est rare. La pratique courante est que le fonctionnement interne du tribunal est traité par tout le monde comme une boîte noire. Les arbitres n'en disent rien ou très peu, les parties

⁵³ I. PINGEL, *Répertoire de droit européen*, v° « Privilèges et immunités de l'Union européenne », Dalloz, juin 2020, n° 8 et 9.

et leurs conseils n'essaient pas de savoir. Ce qui ne veut bien entendu pas dire que ceux-ci ne soient pas extrêmement curieux : combien de fois n'a-t-on pas rêvé, en tant que conseil, être une mouche et aller voir comment se passent les délibérations... Mais généralement la discrétion est de mise. C'est une pudeur traditionnelle, une extension aux tribunaux arbitraux de la déférence habituellement accordée aux tribunaux judiciaires, ou peut-être simplement une certaine conception des bonnes manières. La High Court anglaise révèle parfaitement cet état d'esprit dans une affaire où le président d'un tribunal arbitral avait refusé de communiquer à une partie les notes de travail préparées par la secrétaire et avait simplement répondu que la secrétaire n'était pas sortie de son rôle : « Frankly, that should have been an end of the matter and Sonatrach should have accepted the Chairman's word »⁵⁴.

Or l'époque est à la transparence⁵⁵. L'incident n'est donc pas surprenant et justifie de s'interroger sur les pratiques habituellement suivies. Nous examinerons d'abord s'il existe des règles contraignantes en la matière – le principe du secret du délibéré, en particulier – puis nous aborderons les questions d'opportunité.

20. Les délibérations d'un tribunal arbitral sont secrètes. En Belgique, la violation du secret du délibéré est une infraction sanctionnée par l'article 458 du Code pénal⁵⁶. Les arbitres sont soumis au même régime que les magistrats⁵⁷. Le principe du secret du délibéré est également reconnu en arbitrage international⁵⁸, avec parfois certaines variations, notamment quant à sa compatibilité avec l'émission d'opinions dissidentes.

⁵⁴ *Sonatrach v Statoil* [2014] EWHC 875, § 49.

⁵⁵ R. MORTIER, « Over vertrouwen als bouwsteen van een Legitieme Justitie – Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 2021 », n° 5.2, *R.W.*, 2021-2022, p. 390 ; PH. CAVALIEROS, « La publication intégrale des sentences : (r)évolution ou régression de la justice arbitrale ? », *Rev. arb.*, 2020, p. 727, n° 9.

⁵⁶ Concernant les délibérés judiciaires : Cass., 13 mars 2012, *Pas.*, 2012, p. 578, P.11.1750.N ; Cass., 24 janvier 2007, *Pas.*, 2007, p. 167, P.06.1399.F ; Bruxelles, 21 janvier 2013, *J.T.*, 2013, p. 817 ; Gand, 14 septembre 2011, *T. straf.*, 2012, p. 354.

⁵⁷ Bruxelles, 6 décembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 572 et note B. HANOTIAU ; P. LAMBERT, *R.P.D.B.*, v° « Secret professionnel », compl. X, Bruylant, 2007, n° 334 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, n° 262 ; L. DEMEYERE, « De aansprakelijkheid van de arbiter : welke lessen te trekken », *b-Arbitra*, 2019, p. 239, spéc. p. 244 ; P. CALLENS, « Vertrouwelijkheid bij arbitrage : uitwerking ten aanzien van de actoren », *in coll., Arbitrage et confidentialité*, Bruylant, 2014, p. 79, spéc. p. 109.

⁵⁸ Sentence partielle du 26 septembre 1999, *Himpurna California Energy c. Indonésie*, *Y.B. Com. Arb.*, 2000, p. 11, § 87 : « It is improper for any party to probe the secrecy of deliberations » ; G. BORN, *op. cit.*, vol. II, p. 3036 ; B. BERGER, « Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations », *ASA Bull.*, 2013, p. 244, n° 1 et 10.

Le secret du délibéré est souvent invoqué par les tribunaux arbitraux, ou par les institutions d'arbitrage, pour refuser de répondre aux demandes de renseignements portant sur le fonctionnement interne du tribunal. Ainsi, dans l'affaire *Yukos*, le secrétariat de la Cour permanente d'arbitrage avait refusé de communiquer aux parties le détail des travaux du secrétaire en invoquant « the confidentiality of deliberations »⁵⁹. Le même motif avait été invoqué par le tribunal arbitral dans l'affaire *Sonatrach v Statoil*⁶⁰. Dans l'affaire annotée, le secrétariat de la CCI avait invoqué la confidentialité des *time sheets* de la secrétaire pour refuser de les communiquer.

La *ratio legis* du secret du délibéré est double. En premier lieu, il vise à préserver l'indépendance d'esprit des arbitres⁶¹. Il leur permet d'échanger leurs points de vue en toute liberté, sans craindre de faire l'objet de pressions, critiques ou rétorsion. En second lieu, il protège l'égalité de traitement des parties en interdisant les fuites : si une partie a vent avant l'autre de l'issue des délibérations, ou de l'orientation du raisonnement suivi par le tribunal arbitral, elle peut en tirer un avantage indu⁶². Elle peut par exemple tenter *in extremis* de soumettre au tribunal des nouvelles preuves ou des nouveaux arguments pour tenter de renverser un raisonnement défavorable, ou tenter de transiger à des conditions meilleures que celles qui lui seraient imposées par la sentence.

Ces raisons d'être du secret des délibérations sont déterminantes pour en établir la portée exacte. Il couvre les documents, échanges de vues et communications entre arbitres établis ou échangés dans le cadre de l'élaboration des décisions du tribunal⁶³. Comme le dit exactement la High Court anglaise⁶⁴ :

All communications for the purposes of the process of deliberation, or documents which are brought into existence for such purpose, form part of the deliberations. All require protection from sight by the parties. The way in which the adjudicating body goes about making its decisions is as much part of the

⁵⁹ La Haye, 18 février 2020, *op. cit.*, § 6.6.7.

⁶⁰ Voir n° 54.

⁶¹ L. HUYBRECHTS, « Notities betreffende het gerechtelijk beroepsgeheim », *Nullum crimen*, 2012, p. 271, n° 56 ; F. BLOCKX, « Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistraat en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », *RW*, 2012-2013, p. 1257, n° 6 ; *P v Q* [2017] EWHC 148 (Comm), § 60 ; CHR. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 439 et 876.

⁶² B. BERGER, *op. cit.*, n° 10 ; CHR. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *loc. cit.*

⁶³ G. BORN, *op. cit.*, vol. II, p. 3038.

⁶⁴ *P v Q* [2017] EWHC 148 (Comm), § 77.

decision-making function as the substance of the decision and the discussion of the outcome of any application concerned.

Outre le contenu substantiel des délibérations, le processus de délibération lui-même est couvert par le secret dans la mesure où il reflète les réflexions du tribunal et leurs évolutions éventuelles. La doctrine indique ainsi que « le secret du délibéré porte tant sur les opinions émises par les différents magistrats au cours de la délibération que sur le processus décisionnel en lui-même (questions discutées, ordre des débats, éventuels revirements) »⁶⁵.

Mais la portée du secret des délibérations ne va pas au-delà de cela. En particulier, ce principe n'a jamais empêché la divulgation de certains détails pratiques du déroulement des délibérations. Certains arbitres aiment à mentionner dans la rubrique « historique de la procédure » de leurs sentences les dates et lieux où ils se sont réunis pour délibérer. On ne le leur reprochera pas⁶⁶.

L'on notera toutefois un arrêt, hétérodoxe sur ce point à notre avis, de la Cour d'appel de Bruxelles selon lequel la transmission d'un projet de sentence par un arbitre unique à une personne qui exerçait apparemment la fonction de secrétaire constitue une violation grave du secret du délibéré⁶⁷. Le secrétaire n'était toutefois pas au centre du débat devant la cour – l'arrêt porte principalement sur un autre intervenant, un expert technique qui avait conseillé l'arbitre « en coulisses » – et nous ne pensons pas qu'il faille accorder une valeur de principe au bref attendu que la cour consacre au secrétaire.

21. Le secret des délibérations, interprété à la lumière de ses raisons d'être, semble donc n'être parfois qu'une justification assez bancale de la « boîte noire » qui enferme le fonctionnement interne du tribunal arbitral. Une fois que la sentence a été rendue et communiquée aux parties, l'égalité de traitement des parties ne peut plus justifier de taire ce qui s'est passé au sein du tribunal ; déjà avant cela, elle ne peut pas expliquer pourquoi une information ne pourrait pas être communiquée simultanément à toutes les parties.

La protection de l'indépendance d'esprit des arbitres, en revanche, reste essentielle après le prononcé de la sentence et l'expiration de la mission des

⁶⁵ J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *D.A.O.R.*, 2009, p. 276, n° 18 ; B. PRIGNON, « Le secret du délibéré », *Ius & actores*, 2011, p. 109, spéc. p. 112.

⁶⁶ Ici encore, toutefois, les opinions divergent, ce qui illustre un certain manque de stabilité du concept. Selon la High Court dans *P v Q* (n° 64, *loc. cit.*), « If the tribunal communicate to agree a date on which they will meet, [...] those all form part and parcel of the deliberations ».

⁶⁷ Bruxelles, 28 novembre 2017, *b-Arbitra*, 2019, p. 217.

arbitres. Les anciennes Rules of Ethics for International Arbitrators de l'IBA indiquent que le secret des délibérations subsiste « in perpetuity »⁶⁸. On peut parfaitement imaginer qu'un arbitre, lors des délibérations, soit réticent à avancer certaines idées défavorables à la partie qui l'a désigné – ou, plus prosaïquement, qu'il soit réticent à refuser une prolongation de délai nécessaire pour sauver le week-end ou les vacances du conseil qui a recommandé sa désignation – s'il craint que sa position puisse un jour arriver aux oreilles de ceux-ci.

S'il est dès lors évident que le secret des délibérations couvre les projets de sentences ou d'ordonnances échangés entre les arbitres, et leurs commentaires sur ces projets, il est beaucoup moins clair qu'il doive également couvrir un projet de texte rédigé par le secrétaire. De manière générale, un tel projet ne permet pas d'identifier les vues individuelles d'un arbitre particulier. Dans la mesure où c'est le cas – par exemple lorsque le secrétaire présente plusieurs options de texte et les attribue aux vues de l'un ou de l'autre – il est toujours possible d'occulter les passages sensibles avant une éventuelle communication du document aux parties. L'on ne voit dès lors pas pourquoi la communication d'un tel document aux parties, après que la sentence a été rendue, constituerait nécessairement une violation du secret des délibérations. Idem pour la communication des *time sheets* du secrétaire.

22. L'absence d'obligation de secret ne signifie pas pour autant que les arbitres auraient, à l'inverse, une obligation positive de divulgation. Les modalités expresses ou implicites du contrat d'arbitre ne contiennent rien qui impose à l'arbitre une obligation d'informer les parties, ou de répondre à leurs questions, sur ce qui relève du fonctionnement interne du tribunal (sous réserve peut-être de la délicate question de la dénonciation d'irrégularités, abordée au pt. 24 ci-dessous). Des divulgations de ce type sont beaucoup trop peu ancrées dans les mœurs pour que l'on puisse y voir un cas d'application de l'article 1135 de l'ancien Code civil. *Just say no* est une attitude honorable.

23. S'il n'y a pas de règle, si tout est permis, que faire ? Il ne subsiste qu'un jugement d'opportunité – et c'est parfois très difficile. C'est aussi chaque fois une affaire de circonstances, la bonne réponse est éminemment variable. Quelques éléments nous semblent cependant nécessaires à la réflexion dans la plupart des cas.

Tout d'abord, et malgré l'éventuelle incongruité de la question soumise par une partie, l'arbitre doit se forcer à penser que cette partie n'est pas nécessairement

⁶⁸ IBA, *Rules of Ethics for International Arbitrators*, *Arb. Intl.*, 1987, p. 72, art. 9.

en train de construire un recours en annulation. C'est peut-être son intention, il serait naïf de l'ignorer, mais il se peut aussi que la question provienne d'une authentique inquiétude à propos du déroulement de l'arbitrage. Ceci mérite le bénéfice du doute.

Ensuite, il faut être conscient de l'asymétrie d'information entre le tribunal et les parties. Le tribunal sait s'il existe ou non un dysfonctionnement en son sein. Les parties, généralement, ne le savent pas. La réaction du tribunal arbitral doit si possible être recevable et rassurante pour la partie qui fait l'hypothèse d'un dysfonctionnement.

Il faut aussi anticiper. Une première réponse est susceptible de susciter une deuxième question – l'affaire annotée l'illustre – et ainsi de suite. Le tribunal doit veiller à éviter l'escalade, mais ceci est évidemment plus facile à dire qu'à faire. Cet aspect des choses est fondamental lorsque, comme dans l'affaire annotée, la procédure d'arbitrage est encore en cours. Il perd beaucoup de son importance si les questions ne surgissent qu'après la fin de la procédure.

Enfin, les questions de perception sont fondamentales. Pour une partie à une procédure arbitrale (ou judiciaire), ce qui importe en fin de compte, au moins autant que le fait de gagner ou de ne pas trop perdre et que l'exactitude objective de la sentence, c'est la perception d'avoir été traitée correctement, d'avoir été écoutée et d'avoir été jugée par des personnes qui se sont honnêtement efforcées de faire leur travail au mieux. Le processus compte autant que le résultat.

L'attitude choisie par le tribunal arbitral dans l'affaire annotée semble conforme aux quelques idées suggérées ci-dessus. Dans les circonstances de l'espèce, mieux valait faire ce que les trois arbitres ont fait et répondre franchement aux investigations des entreprises défenderesses. L'escalade n'a malheureusement pas pu être évitée puisque l'incident s'est soldé par la démission du président – c'est le seul aspect des choses sur lequel, si c'était à refaire, le tribunal arbitral voudrait peut-être s'y prendre autrement.

24. Reste la situation, très délicate et apparemment non présente dans l'affaire annotée, où le fonctionnement du tribunal arbitral est réellement irrégulier, sans que les parties le sachent : l'un des arbitres se révèle manifestement partial lors du délibéré, le président ne connaît pas son dossier et se décharge totalement sur son secrétaire, deux arbitres excluent le troisième

des délibérations⁶⁹, etc. Il y a aussi les cas moins flagrants, de « petite criminalité » déontologique, où l'un des arbitres est paresseux ou trop occupé et empêche le tribunal d'avancer efficacement.

L'arbitre innocent peut-il – doit-il – dénoncer son collègue délinquant, aux parties ou à l'institution d'arbitrage ? La première chose à faire est bien entendu d'en parler avec l'arbitre concerné et de tenter de résoudre discrètement le problème⁷⁰, mais si tout cela a échoué, que faut-il faire ? De telles dénonciations ne sont pas dans les mœurs et l'attitude la plus courante des arbitres victimes de tels comportements est de prendre leur mal en patience. Ce sera souvent la solution la plus sage, mais ce n'est pas la seule possible.

La règle du secret des délibérations ne fait pas obstacle à la divulgation par un arbitre d'une irrégularité dans le fonctionnement du tribunal, même s'il doit à cette occasion révéler ce qui s'est dit ou passé en cours de délibéré. La règle n'est pas là pour conférer une forme d'impunité aux arbitres et pour cacher leurs éventuelles transgressions. Les Rules of Ethics de l'IBA rappellent le principe de la confidentialité des délibérations mais prévoient une exception lorsque « exceptionally, [an arbitrator] considers it his duty to disclose any material misconduct or fraud on the part of his fellow arbitrators »⁷¹. La Cour de cassation a précisé que le secret professionnel ne peut pas être détourné de son but et ne peut pas servir à cacher, par exemple, les « activités suspectes » d'un avocat ou les « agissements culpeux » d'un chirurgien⁷².

Les exigences de la collégialité, à partir du moment où le comportement répréhensible d'un membre du tribunal arbitral atteint un certain seuil de gravité, n'y font pas obstacle non plus. C'est l'arbitre déviant qui brise lui-même

⁶⁹ Pour un cas d'exclusion avérée, voir C. sup. espagnole, 15 février 2017, *Puma*, *Y.B. Com. Arb.*, 2017, p. 783. Pour des cas non avérés, voir Cass. fr., 29 juin 2011, *Papillon c. Syrie*, *Rev. arb.*, 2011, p. 836 ; Paris, 16 janvier 2003, *Intelcam c. France Télécom*, *Rev. arb.*, 2004, p. 369, et note L. JAEGER ; Svea, 15 mai 2003, *CME c. République tchèque*, www.jusmundi.com.

⁷⁰ M. FONTAINE, « L'arbitre négligent », *Liber Amicorum Guy Keutgen*, Bruylant, 2008, p. 459, n° 13, parle de « tenter d'abord de résoudre le problème 'en famille' ».

⁷¹ Voir n° 68.

⁷² Cass., 9 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 991, P.04.0424.F ; Cass., 23 juin 1958, *Pas.*, 1958, I, 1180. Dans le même sens, Cass., 17 novembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2631, P.15.0880.N et concl. Av. gén. Winants, *Arr.*, 2015, p. 2656, n° 12. La dérogation au secret professionnel n'est cependant tolérée « que si le péril dont son dépositaire a connaissance ne peut être évité autrement qu'en le révélant », ce qui n'était pas le cas en fait dans une affaire de prétendu harcèlement commis par une cliente à l'encontre de son avocat : Cass., 18 janvier 2017, *Pas.*, 2017, p. 140, P.16.0626.F, et concl. Av. gén. Nolet de Brauwere.

la collégialité. La maxime selon laquelle « un ministre, ça se tait ou ça démissionne » n'est pas transposable ici⁷³.

Les règlements d'arbitrage du CEPANI et de la CCI, en particulier, offrent une issue au problème. Ils prévoient que, lorsque le Comité de Nomination ou le président (au CEPANI) ou la Cour (à la CCI) constatent qu'un arbitre ne remplit pas sa mission conformément au règlement ou dans les délais impartis, ils peuvent décider de le remplacer⁷⁴. Le règlement CCI précise que la Cour peut faire cela « sur la base d'informations venues à sa connaissance », ce qui inclut les vents favorables qui lui viendraient d'autres membres du tribunal arbitral⁷⁵. S'il s'agit d'un arbitrage ad hoc, l'article 1688 du Code judiciaire permet aux parties – mais pas aux autres arbitres⁷⁶ – de demander au président du tribunal de première instance le remplacement de l'arbitre « qui ne s'acquitte pas de sa mission dans un délai raisonnable ». Il n'est pas certain que ceci permette de remplacer un arbitre pour d'autres raisons que ses retards, par exemple une délégation excessive au secrétaire. La formule est copiée de la loi type de la CNUDCI et est malencontreusement ambiguë sur ce point⁷⁷.

(7) Conclusion

25. Le jugement annoté fera autorité. Il admet que les secrétaires arbitraux puissent fournir une assistance étendue aux arbitres, y compris le travail de rédaction du projet de sentence, moyennant une réserve essentielle : les arbitres doivent garder le contrôle de la prise de décision et doivent examiner personnellement le dossier et le projet de sentence. Le jugement est fondé sur l'analyse de la volonté des parties, exprimée en l'espèce dans une Note de la

⁷³ L'expression – dont le vocabulaire original n'eût pas sis aux colonnes de *b-Arbitra* – est attribuée à Jean-Pierre Chevènement.

⁷⁴ Règlement d'arbitrage du CEPANI, art. 17(2) ; Règlement d'arbitrage de la CCI, art. 15(2). Voir D. DE MEULEMEESTER et H. VERBIST, *op. cit.*, n° 378 ; J. FRY, S. GREENBERG et FR. MAZZA, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, ICC, 2012, n° 3611 à 3631.

⁷⁵ U. DRAETTA, *The Dark Side of Arbitration*, Jurisnet, 2018, pp. 57-67 ; B. BERGER, *op. cit.*, 2013, p. 244, n° 5, écrit que « the right to apply for the replacement of an arbitrator should be available not only to the parties but also to the other members of the panel ».

⁷⁶ M. FONTAINE, *op. cit.* (« L'arbitre négligent »), n° 19 (à propos de l'ancien art. 1687 C. jud.).

⁷⁷ H. HOLTZMANN et J. NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1989, p. 439 ; P. BINDER, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 4^e éd., Kluwer Law International, 2019, p. 237 ; travaux préparatoires de la loi type, *Commentaire analytique, Rapport du Secrétaire général*, A/CN.9/264, art. 14, pt. 4.

CCI. Le tribunal de première instance offre ainsi une solution conforme aux nécessités de la pratique et respectueuse de l'autonomie des parties.

Le tribunal arbitral avait pour sa part été confronté à une embarrassante curiosité d'une partie quant au fonctionnement interne du tribunal et de sa secrétaire. Sa réaction illustre la difficulté de ces situations, où il est nécessaire de respecter le secret des délibérations sans toutefois être perçu comme voulant cacher d'éventuelles irrégularités. Le point d'équilibre est affaire de circonstances.